

Responsabilità medica

# La responsabilità penale dello psichiatra: nuovi spunti, diverse prospettive, timide aperture

di Cristiano Cupelli (\*)

Il contributo analizza in chiave problematica taluni dei principali profili critici della responsabilità penale dello psichiatra per atti auto ed etero aggressivi del paziente: dal doppio volto della posizione di garanzia alle difficoltà ricostruttive delle regole cautelari, passando per le nuove incertezze ingenerate dal processo di sanitarizzazione delle REMS sino all'impatto del nuovo disegno di legge di riforma della responsabilità penale del medico attualmente in discussione al Senato. Elemento centrale del discorso è la posizione di garanzia, che enuclea i *doveri di agire* dell'operatore, sui quali esercitano un'influenza decisiva tanto il consenso del paziente (come limite al *potere/dovere* di agire), quanto le regole cautelari (quali indici di *come* deve agire). Come dimostrato da una recente e significativa pronuncia della Quarta Sezione penale della Cassazione, è proprio questo il terreno sul quale, in via interpretativa, si possono cogliere filtri in grado di ridimensionare il problema della responsabilità, sottraendo gli operatori della salute mentale alle pressioni e ai timori giudiziari e allontanandoli dalle tentazioni di un modello di psichiatria meramente difensiva.

## Spunti

Una recente sentenza della Cassazione, un importante intervento legislativo e un altrettanto significativo disegno di legge in fase di approvazione offrono lo spunto per tornare sui confini della responsabilità penale in ambito psichiatrico e sulle incertezze e i timori che accompagnano la quotidiana attività degli operatori della salute mentale (1). Le prospettive schiuse, tuttavia, sembrano muoversi su binari diversi e addirittura opposti, ingenerando un effetto per certi versi paradossale: mentre l'ultima giurisprudenza, valorizzando il dialogo con la dottrina, inclina ad aperture garantiste nei confronti della classe medica, il legislatore, pur partendo da condivisibili intenti riformatori, non solo non sembra risolvere talune criticità legate, in generale, al contrasto alla c.d. medicina difensiva, ma addirittura, con riferimento al settore psichia-

trico, alimenta timori di un regresso a modelli custodiali.

## **Incertezze di sempre: il 'duplice volto' della posizione di garanzia e la complessità delle regole cautelari**

Punto di partenza ed elemento centrale di ogni riflessione sul terreno della responsabilità medica, nei suoi molteplici risvolti, non può che essere la posizione di garanzia, che enuclea i compiti del medico, sui quali esercitano un'influenza decisiva tanto il consenso del paziente (come limite al *potere/dovere* di agire), quanto le regole cautelari (quali indici di *come* deve agire).

Come è ben noto, il dibattito sull'ampiezza della posizione di garanzia dello psichiatra, astrattamente qualificabile al contempo come obbligo di *controllo* e di *protezione* del paziente, non è cessato con

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Tra i più recenti contributi, M. Pellissero, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, in "Dibattito a più voci intorno alla colpa medica, con specifico riferimento alla responsabilità del

medico psichiatra", in *Contr. e impr.*, 2015, 540 ss.; C. Sale, *La "flessibilità" dell'evento da impedire in psichiatria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1393 ss., nonché, volendo, C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impositivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013.

la riforma del 1978. Periodicamente, al cospetto dell'oscillante incedere della giurisprudenza, riemerge il dubbio se persistano, a suo carico, compiti di sorveglianza e custodia nei confronti del malato di mente, tali da ricomprendere anche obblighi volti all'impedimento di condotte auto o etero aggressive. Accanto a chi, ponendo l'accento sul cambio di paradigma segnato dalla L. n. 180 del 1978 e muovendosi sui corretti binari di una funzione esclusivamente terapeutica, giunge a escludere il residuo a carico dello psichiatra di obblighi di mero controllo e a ribadire che questi è gravato esclusivamente da compiti di *protezione e cura* della persona affetta da disturbo psichico (non più dunque *soggetto in sé pericoloso*, da neutralizzare, ma *paziente*, bisognoso di protezione e cura e co-protagonista di un vero e proprio rapporto terapeutico) (2), vi è chi considera nella sostanza immutato il contenuto della posizione di garanzia, continuando a ricomprendere obblighi *tanto di protezione quanto di controllo*: se anche il concetto di pericolosità non è espressamente richiamato dalla nuova disciplina, si ritiene, il paziente *nella realtà* potrebbe continuare a essere pericoloso, rientrando le situazioni che di fatto danno luogo a pericolosità sia per sé che per gli altri in quelle *“alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”*, cui l'art. 34 della L. n. 833 del 1978 fa riferimento, in collegamento con il diritto alla salute quale interesse *anche* della collettività (*ex artt. 2 e 32 Cost.*) (3).

Dal canto suo, la giurisprudenza ha mantenuto un atteggiamento ondivago: accanto a pronunce che esaltano il ruolo prioritariamente terapeutico dello psichiatra (4) e ad altre che ribadiscono l'illegittimità di richieste di trattamento sanitario obbligatorio esclusivamente finalizzate a neutralizzare la ritenuta pericolosità sociale del malato in assenza di necessità terapeutica (5), non mancano, pur dietro l'apparente presa d'atto del superamento del modello custodialistico, tentativi di riproporne surrettiziamente la portata, attraverso dilatazioni del

concetto di “protezione”, sino al punto di farvi rientrare obblighi impeditivi di *tutte le conseguenze negative* che la sofferenza psichica può cagionare al paziente, tra le quali anche le gravi ripercussioni personali a cui la violazione della legge penale lo esporrebbe sul piano giudiziario (6).

### Nuove incertezze: la sanitarizzazione delle REMS

In questo contesto, già di per sé incerto, fa ingresso un nuovo fattore destabilizzante, collegato ai risvolti applicativi del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e alle potenziali ricadute sul ruolo degli operatori della salute mentale.

Dalla lettura della trama normativa disegnata dalla L. 30 maggio 2014, n. 81 e, prima ancora, dal D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, emerge infatti, per gli operatori sanitari chiamati a ‘governare’ le nuove strutture residenziali territoriali ove saranno eseguite le misure di sicurezza (le cc.dd. REMS), il concreto rischio di un *ritorno al passato* (7). Il timore prende corpo osservando come all'interno delle strutture, destinate a soppiantare i vetusti OPG, continuino a convivere compiti *sanitari* (indirizzati al trattamento ed al recupero dei *malati di mente*) e funzioni *penitenziarie* (improntate al controllo e alla custodia degli *internati*); con la differenza - ecco il punto - che mentre in passato la netta separazione tra amministrazione *penitenziaria* e amministrazione *sanitaria* (separazione peraltro accentuata da latenti conflittualità e reciproca diffidenza) consentiva di marcare la distinzione tra compiti esclusivamente terapeutici, demandati agli operatori psichiatrici, e aspetti custodiali e securitari, rimessi ai soli rappresentanti dell'amministrazione penitenziaria, l'odierna attribuzione in via esclusiva della gestione interna delle strutture alla componente medica finisce per riservare a quest'ultima anche i relativi compiti di *gestione della sicurezza*.

L'effetto è che, a sanitarizzazione avvenuta, i due profili, cura e custodia, paiono destinati nuova-

(2) Per tutti, G. Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, II, 112 e A. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, in questa *Rivista*, 2004, 1401.

(3) A. Fiori, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, 542 ss.; G. Canepa, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, *ivi*, 1983, 24 ss.

(4) Di recente, Cass., Sez. IV, 1° agosto 2016, n. 33609, sent., D.P., in questa *Rivista*, 2016, 1284 ss.

(5) Ad esempio, Cass., Sez. VI, 15 maggio 2012, n. 18504,

sent., in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1707 ss.

(6) È ciò che è accaduto, a titolo esemplificativo, in Cass., Sez. IV, 11 marzo 2008, n. 10795, sent., Pozzi (in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1426 ss.) e in Cass., Sez. IV, 27 novembre 2008, n. 48292, sent., Desana (in *Cass. pen.*, 2010, 1462 ss.).

(7) Timore prontamente segnalato dai rappresentanti delle società del settore, in particolare dalla Società Italiana di Psichiatria, e dalla letteratura psichiatrico-forense (da ultimi, P. Pompili - G. Nicolò - S. Ferracuti, *Dagli Opg alle Rems. Ma i medici non possono fare i poliziotti*, in *Quotidiano Sanità*, 2 novembre 2016).

mente a sovrapporsi (8); lo psichiatra sarà chiamato a *garantire*, in via primaria, l'ordine pubblico e la tutela della collettività e solo dopo, e comunque non prioritariamente, il profilo terapeutico (9).

### Lo psichiatra senza scampo?

Inevitabili le ricadute sul piano delle responsabilità penali. Le oscillazioni sul perimetro della posizione di garanzia si riverberano sui margini di rischio consentito: è proprio l'esigenza di contrastare e frenare un *determinato* rischio (per il paziente *in primis*, ma anche per i terzi) che individua e circoscrive, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari del medico; regole notoriamente connotate, nel peculiare settore psichiatrico, da un *surplus* di complessità in ragione, fra l'altro, della maggiore oscurità che caratterizza tanto la diagnosi quanto la prognosi e della difficoltà di circoscrivere l'area dei mezzi terapeutici di cui può disporre realmente il terapeuta.

Alla luce di quanto ricostruito, tra vecchie e nuove incertezze, lo psichiatra, in balia tanto della pressione sociale, che pretende approcci repressivi e preventivi, quanto della speculare contropinta, di matrice normativa e deontologica, a rivendicare finalità esclusivamente terapeutiche del suo agire, si ritrova esposto, nel vortice di una valutazione giudiziaria *ex post*, a contestazioni, alternativamente e a seconda di ciò che poi si è concretamente verificato, di *non avere fatto abbastanza* o di *avere fatto troppo*.

Il quadro, davvero poco rassicurante, fotografa una rincorsa ad *atteggiamenti difensivi* - intesi in un'accezione spuria, nella quale si fondono istanze di *difesa sociale* (dell'incolumità di eventuali terzi potenzialmente esposti a gesti lesivi) e di *difesa personale* (dal rischio giudiziario) -, e il transito da una medicina delle scelte tecniche (a base consensualistica) a una medicina del *timore* giurisprudenziale, con ovvie ripercussioni negative sulla salvaguardia e la cura della salute del paziente psichiatrico (10).

Lo psichiatra sembra non avere scampo di fronte a quella che appare una sorta di *colpa per professione*, una miscela esplosiva tra responsabilità presunta e colpa per assunzione, nella quale il principale rimprovero è riconducibile alla 'pretesa' di anteporre

la cura di soggetti potenzialmente pericolosi, in quanto disturbati, alla preoccupazione di massimamente prevenire i collaterali rischi per la collettività (collegati alla loro imprevedibilità).

### Le domande di fondo

È questo lo scenario nel quale s'inserisce un'incoraggiante presa di posizione della Quarta Sezione penale della Cassazione (11), chiamata, nello scorso mese di febbraio, ad affrontare il caso di una psicologa e di una psichiatra, entrambe in servizio presso una casa circondariale, imputate, nelle rispettive funzioni, di omicidio colposo, per colpa generica e con specifica violazione delle regole dell'arte medica e dei doveri inerenti alla loro qualifica, per avere erroneamente valutato il rischio suicidario sussistente in capo a un detenuto, affetto da disturbi psichici, omettendo di adottare le dovrose misure medico sanitarie e di controllo carcerario necessarie e sufficienti a tutelarne la salute psicofisica e a prevenirne gesti autolesionistici, avendone così cagionato la morte avvenuta per asfissia meccanica.

Nell'esaminare la vicenda, la Corte coglie, in forma interrogativa, i punti centrali della tematica: a) quali gli esatti confini della posizione di garanzia e i correlati margini di doverosità degli obblighi degli imputati, tenuto conto che questi, sul piano astratto, ben avrebbero potuto stabilire trattamenti contenitivi idonei a evitare il suicidio?; b) in termini più ampi, come valutare il margine di doverosità della condotta del medico e quali i fattori che vi incidono? c) nel caso di specie, i disturbi clinici e i gesti autolesionistici reiterati dal detenuto potevano rappresentare indici tali da giustificare *doverose* misure medico-sanitarie e di controllo carcerario sufficienti a tutelarne la salute psico-fisica e a prevenirne gesti auto lesivi?

### Il margine di doverosità dei comportamenti omessi: non tutto ciò che si può si deve anche fare

*Trait d'union* fra i richiamati passaggi è il margine di *doverosità* dei comportamenti asseritamente omessi, per cogliere il quale è necessaria una preli-

(8) Sulla questione, A. Massaro, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1372 ss.

(9) Per approfondimenti, C. Cupelli, *Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016, 6 ss.

(10) In questa prospettiva, S. Jourdan, *La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell'evento e possibilità di evitarlo*, in U. Fornari - S. Jourdan (a cura di), *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Torino, 2006, 115 ss.

(11) Cass., Sez. IV, ud. 4 febbraio 2016, dep. 11 aprile 2016, n. 14766, in *CED Cass. pen.*, 2016.

minare riflessione sui poteri impeditivi di cui, nelle specifiche situazioni concrete, può disporre lo psichiatra; poteri che giocano un ruolo fondamentale nella conformazione del fatto tipico omissivo improprio, visto che è la loro esistenza - ma anche la loro estensione - a condizionare portata ed efficacia dell'azione impeditiva giuridicamente imposta al garante.

Non poche perplessità suscita il favore accordato dalla giurisprudenza a una ricostruzione in termini soprattutto *fattuali* del potere, con l'effetto distortivo di dilatare oltremodo la portata del potere impeditivo, inglobando al suo interno tutto ciò che può esplicare un'efficacia ostativa all'offesa del bene tutelato (12). L'attenzione andrebbe invece posta sul fatto che il potere di agire del garante, alla base degli obblighi impeditivi, è influenzato dal rispetto delle regole cautelari, che (e nella misura in cui) informano una determinata attività; il loro carattere di doverosità e vincolatività finisce necessariamente per riverberarsi - delimitandoli - sugli spazi di manovra del garante stesso, circoscrivendone la condotta pretendibile, dal momento che il limite del suo intervento è segnato proprio dalla disponibilità di mezzi strumentali all'attuazione del dovere impostogli.

È tangibile l'incidenza della cautela sul potere di agire; oggetto del giudizio diviene quindi valutare se il corretto esercizio di tale potere - così come normativamente delineato dal consenso e dalla regola cautelare - avrebbe potuto impedire l'evento. Sul piano contenutistico, infatti, pur mantenendo una distinzione concettuale, "dovere di diligenza e obbligo di impedire l'evento finiscono, nell'ipotesi concreta, con l'intersecarsi e coincidere: il garante cioè è tenuto a fare, per impedire la verificazione di determinati eventi, quanto gli è imposto dall'osservanza delle regole di diligenza dettate dalla situazione particolare" (13). È la stessa regola cautelare, indicando gli strumenti ritenuti più adeguati per evitare il verificarsi dell'evento, a dettare in fondo al garante il *percorso* cui dovrà attenersi, nel perseguimento del migliore e più efficace risultato sul piano impeditivo (14). In tal modo, delinea l'area dell'obbligo di garanzia, che a sua volta indivi-

dua la *condotta omissiva tipica*: quella, tra le azioni astrattamente idonee ad impedire l'evento, doverosa per il garante.

La regola cautelare, quindi, assume un ruolo di guida nelle valutazioni sulla liceità/correttezza tanto dell'assolvimento adeguato della funzione 'generale' di garanzia, quanto del comportamento 'concreto' dell'agente, che ad esse va per l'appunto parametrato. La conseguenza è che, ogni qual volta il medico si sia attenuto al dovere oggettivo di diligenza ricavato dalla regola cautelare (e quindi l'evento avverso non sia a lui rimproverabile), viene a mancare, già a monte, un'omissione penalmente rilevante, non trovandoci al cospetto di un'azione doverosa inosservata: pur potendosi ravvisare in capo al terapeuta un *potere* impeditivo fattuale, questo non può assumere rilievo ai fini dell'omesso impedimento dell'evento, mancando il relativo *obbligo giuridico di attivarsi* in tal senso, in difetto del corrispondente potere normativo di agire (15).

Così, nel caso di suicidio di un paziente affetto da turbe mentali, qualora si arrivi a dimostrare che il terapeuta abbia applicato, nell'economia complessiva della specifica valutazione clinica, la terapia più aderente alla condizione del malato e alle regole dell'arte psichiatrica (ad esempio un trattamento a carattere domiciliare, con somministrazione di farmaci antidepressivi appropriati), potrà dirsi che il medico non *avrebbe dovuto comportarsi diversamente da come ha fatto*, disponendo una differente iniziativa (pur *fattualmente* dotata di efficacia impeditiva dell'evento), e concludersi che, non avendo errato nel non averla disposta, *non abbia omissa* una condotta doverosa. Dunque: non tutto ciò che è nei *poteri* del medico rientra anche nei suoi *doveri*, segnati dalle regole di diligenza medica; se il potere di agire che è alla base dell'obbligo impeditivo è influenzato e delimitato, in maniera decisiva, dal rispetto delle regole cautelari, con i relativi tratti di doverosità e vincolatività, diviene innegabile che la posizione di garanzia risulti condizionata e integrata, nel suo contenuto, dalla regola cautelare: sarà proprio una lettura combinata con questa allora a consentire l'individuazione dell'obbligo *realmente* impeditivo.

(12) Di recente, C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 641 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali.

(13) G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 662.

(14) Sul ruolo delimitativo delle regole cautelari sulla posizione di garanzia, in termini (parzialmente) diversi, C.E. Paliero, *Il tipo colposo*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività*

*mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, 520.

(15) Per tutti, sulla necessaria correlazione tra dovere e potere giuridico impeditivo in capo all'obligato, F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2001, 158 e I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 70 ss.

### **(Segue) Il contributo della volontà del paziente**

Gli spazi di manovra del garante subiscono un'altrettanto decisiva ingerenza ad opera della volontà del malato, che assume le vesti della *partecipazione terapeutica* nella determinazione del trattamento praticato. In altri termini, quanto è imposto dal dovere di agire risulta ulteriormente condizionato dallo *specifico obiettivo terapeutico* concordato tra medico e paziente, al quale pertanto andranno rapportate le cautele da adottare nel caso concreto.

Occorre prendere in considerazione il ruolo della volontà del paziente nella definizione della condotta 'doverosa' secondo le *leges artis*, la cui incidenza sul complesso di obblighi dello psichiatra è imposta, sul piano normativo, dagli artt. 13 e 32 Cost., letti non solo in chiave fondativa di una responsabilità penale (come nella maggior parte dei casi accade), ma anche di una sua limitazione e di un suo contenimento.

Lo spunto da cui muovere, sempre collegato alle interrelazioni tra posizione di garanzia e regole cautelari, è che il terapeuta che rispetti il consenso, prendendo atto dell'obiettivo condiviso, sia penalisticamente limitato nel suo potere di agire diligentemente e nei suoi doveri impeditivi. Dando ormai per acquisito che oggetto del consenso non possa dirsi solo il *farsi curare* ma anche il *come essere curati*, e cioè le linee (di massima) delle modalità curative, se per effettuare un determinato intervento terapeutico è necessario il consenso del paziente, qualora questo non vi sia stato non si potrà certo imputare al garante l'omesso impedimento dell'evento che dal mancato trattamento sia derivato, giacché il suo potere di agire era inibito da quanto (non) consentito. L'alleanza terapeutica ridefinisce quindi gli obblighi di cura, selezionando come rilevanti - tra i vari obblighi impeditivi - solo quelli assistiti da poteri di agire *consentiti* dal paziente, il cui contributo è decisivo nell'*esatta delimitazione dell'obiettivo della terapia* e nella *determinazione della terapia più appropriata* dal punto di vista della buona pratica clinica, in una valutazione comparativa dei costi e dei benefici per la sua salute (16).

La volontà del paziente (quale portato della sua libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche) incide sul *concetto/margine di rischio* che il paziente (e, di conseguenza, anche il medico) decide di accettare (e condividere), visto che questi ben potrebbe rifiutare un trattamento, privilegiare un rischio ovvero preferire il procrastinare una condizione patologica. Ma l'obiettivo terapeutico - il cui rischio è consentito, e al contempo individuato, anche dal malato - incide anche sui *doveri del medico*, al quale non potrà essere rimproverata l'omessa adozione di una terapia *in astratto* tecnicamente migliore, se *in concreto* rifiutata dal diretto interessato. Se quella che, sulla base delle acquisizioni della scienza medica, appare in linea generale e astratta la *migliore scelta terapeutica* - il trattamento ritenuto più appropriato dalla buona pratica clinica, identificabile, dunque, con la regola cautelare da applicare al caso concreto - non è accettata da un paziente capace e correttamente informato, e anzi è da questi espressamente rifiutata (in quanto, ad esempio, ritenuta eccessivamente invasiva), al medico, che non può sindacare né superare il rifiuto, non potrà essere imputata l'adozione della terapia meno idonea rispetto all'obiettivo (astratto) ovvero più rischiosa, allorché questa sia l'unica consentita dal paziente (17).

Così, non potrà essere rimproverato allo psichiatra il mancato ricovero di un paziente affetto da disturbi psichici (ma in condizioni di capacità di autodeterminarsi (18)), qualora - di fronte ad un consapevole rifiuto di ricoverarsi e in assenza dei presupposti specifici che legittimino il ricorso al trattamento sanitario obbligatorio - prescriva una terapia diversa, a base farmacologica e in regime domiciliare, conformemente a quanto *consentito* dal malato.

### **L'apertura della Cassazione**

Focalizzando l'attenzione sulle intersezioni tra posizione di garanzia, regole cautelari e volontà del paziente e prestando grande attenzione a quanto prospettato in dottrina (nei termini poc'anzi riassunti) (19), la Cassazione ha fornito convincenti risposte agli interrogativi di fondo cui si è fatto cen-

(16) In quest'ottica, F. Palazzo, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 1236.

(17) In giurisprudenza, significativa Cass., Sez. IV, 27 marzo 2001, Cicarelli, in *Riv. pen.*, 2002, 364.

(18) Sui margini di necessaria valorizzazione dell'autodeterminazione anche in relazione al paziente psichiatrico, si rinvia

ancora a C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 87 ss.

(19) Cfr. C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 115 ss.; Id., *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 225 ss.

no, valorizzando, nel tessuto argomentativo della ricordata pronuncia, i nessi tra posizione di garanzia e colpa.

Nella fattispecie, la Corte ha confermato l'assoluzione del medico psichiatra e della psicologa, sul rilievo che, alla luce dei dati clinici in loro possesso e dei parametri di valutazione individuabili nella letteratura scientifica, non poteva ravvisarsi un rischio suicidario concreto e imminente, dovendo per altro verso escludersi ogni loro responsabilità per le riscontrate carenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria (20).

Nel valutare il trattamento riservato al paziente, si è tenuto conto dell'esigenza di operare un corretto ed effettivo bilanciamento tra protezione dell'integrità (anche da se stesso), salute (come estrinsecazione di dignità e autonomia) (21), volontà e libertà di autodeterminazione (22). Coerentemente, nel ponderato combinarsi dei fattori, la conclusione è che "nel caso del suicidio di un paziente affetto da turbe mentali, qualora si arrivi a dimostrare che il terapeuta abbia applicato, nell'economia complessiva della specifica valutazione clinica, la terapia più aderente alle condizioni del malato e alle regole dell'arte psichiatrica (ad esempio con somministrazione di farmaci antidepressivi appropriati), può dirsi che il medico non avrebbe dovuto comportarsi diversamente da come ha fatto, disponendo una differente iniziativa (pur fattualmente dotata di efficacia impeditiva dell'evento), e in conclusione che non ha errato nel non averla disposta e non ha omesso una doverosa condotta".

(20) In particolare, si è ritenuto di valorizzare: 1) l'insussistenza di elementi univoci o quantomeno significativamente indicativi di un tale rischio, superiore a quello precedentemente diagnosticato e monitorato; 2) l'assenza di protocolli o linee guida indicatori sia degli elementi comportamentali da cui desumere da parte della psicologa e della psichiatra un tale tipo di rischio sia dei presidi estremi da adottare per scongiurare il temuto evento; 3) la mancata individuazione nella letteratura scientifica accreditata di parametri di valutazione da cui potesse evincersi che i sintomi manifestati da ultimo dal detenuto lasciassero desumere un rischio suicidario imminente o comunque tanto elevato da giustificare il ricorso a metodi contenitivi estremi, fonte di ulteriore sofferenza e pericolo di aggravamento della patologia clinica in atto; 4) la ritenuta adeguatezza alla gravità del problema della terapia farmacologica prescritta dalla psichiatra, accettata ed assunta dal detenuto (par. 8).

(21) Si è precisato che "la psichiatra e la psicologa hanno operato scelte corrette: la terapia era stata *accettata dal paziente*, che di fronte alla psichiatra si era dimostrato collaborativo ed aveva assunto i farmaci prescritti, antipsicotici e sedativi adeguati alla sua patologia, a differenza di quanto era avvenuto presso il carcere di P., da cui era stato disposto il trasferimento a S.V. proprio per cure più appropriate in quanto, come già detto, vi era stato il rifiuto di assumere farmaci; la psicologa dal canto suo aveva scelto un regime di alta sorveglianza, con controllo non a vista ma ad intervalli di tempo di pochi mi-

### **La tendenza alla formalizzazione delle regole cautelari, le prospettive di riforma della responsabilità medica e le soluzioni da ricercare (ancora) per via interpretativa**

La sentenza, evidenziando incidentalmente la mancanza di linee guida e protocolli utili a offrire un supporto in merito al trattamento più adeguato a prevenire il rischio suicidario, tocca un altro tasto dolente, legato al ruolo delle linee guida nell'accertamento della responsabilità colposa in ambito sanitario.

A ben vedere, le segnalate ingerenze della regola cautelare sulla posizione di garanzia assumono una portata ancor più significativa a fronte della tendenza alla loro formalizzazione nel settore medico (un tempo sede d'elezione della colpa generica); tendenza tradottasi, come risaputo, nell'art. 3, comma 1, L. 8 novembre 2012, n. 189 (per il quale "l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve") e destinata, in prospettiva di riforma, a permanere intatta.

Il riferimento è al disegno di legge Gelli-Bianco, recante "*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*", approvato lo scorso 11 gennaio dall'Aula del Senato (A.S. n. 2224) e attualmente all'esame, in seconda lettura, della Camera dei deputati (23). Nel corpo di tale prov-

nuti, raggiungendo così un non facile bilanciamento tra obiettivo di proteggere il paziente, anche da se stesso, e necessità di tutelarne al contempo libertà, dignità ed autonomia, dati gli effetti controproducenti conseguiti ad una vigilanza ancora più intensa, in precedenza attuata" (par. 9).

(22) Si legge così che "la persona con disturbo psichico è titolare del diritto alla propria cura e il detenuto aveva mostrato la libera partecipazione al nuovo percorso terapeutico, attuato da qualche giorno, circostanza che non lasciava prevedere in alcun modo un rischio suicidario imminente, rischio che del resto era stato sempre escluso da tutti i medici che lo avevano avuto in cura, i quali tutti e concordemente avevano attribuito alle condotte autolesionistiche di cui prima si è fatto cenno un mero significato dimostrativo di un disagio e del tentativo di essere trasferito in ambiente meno oppressivo rispetto alla struttura carceraria" (par. 9).

(23) Sul quale, con diverse prospettive di analisi, in sede di primo commento, C. Cupelli, *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2017; P. Piras, *La riforma della colpa medica nell'approvando legge Gelli-Bianco*, *ivi*, 25 marzo 2016; A. Panti, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in questa *Rivista*, 2016, 374 ss.; Ponzanelli G., *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, 816 ss.

vedimento si prevede, da una parte, una dettagliata disciplina delle *buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida* (con analitica regolamentazione del relativo procedimento di accreditamento) cui gli esercenti le professioni sanitarie nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie dovranno attenersi, salve le specificità del caso concreto, e, dall'altra, l'introduzione nel codice penale di un nuovo articolo, disciplinante la *responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario*, a tenore del quale "se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto", accompagnato dall'espressa abrogazione dell'art. 3 della legge Balduzzi.

Ebbene, è evidente come regole cautelari enucleate da raccomandazioni contenute in linee guida configurino a pieno modelli normativi preformati di prevedibilità ed evitabilità in grado di orientare il garante, prescrivendogli *come (e fino a che punto) può (e quindi deve) agire*. Una regola cautelare precisa e tassativa semplifica, sin quasi a banalizzare, la fase dell'accertamento; indicando al garante il percorso da seguire, questi sarà chiamato a rispondere in caso di mancato rispetto. Il che, tuttavia, non fa velo alle perplessità che la stessa scelta di codificazione delle cautele reca con sé, sia per quanto riguarda le ricadute, in termini di efficacia e di sicurezza, sul garante, sia soprattutto con riferimento al contributo per far diminuire i pericoli al bene garantito; se una positivizzazione sembra offrire maggiori certezze al garante, non è detto che essa sortisca sempre il contestuale effetto di migliorare la tutela del bene da proteggere (e cioè la salute del paziente), potendo anzi ingenerare un paradossale effetto di depotenziamento, lasciando fuori dai

poteri di agire una serie di modalità di tutela rilevanti.

Le ragioni dello scetticismo sono legate all'ontologica impossibilità di formalizzare cautele (che così divengono doverose) in settori - come quello psichiatrico - insofferenti a forme di standardizzazione; sono le medesime ragioni, alla base dell'atteggiamento di cauta diffidenza assunto dalla giurisprudenza nella valutazione della decisività delle linee guida, che dovrebbero accompagnare i passi del legislatore negli interventi di riforma in atto. L'effetto che un'implementazione acritica e formalistica della formalizzazione delle cautele sul 'terreno minato' della psichiatria rischia di ingenerare è quello di garantire maggiormente lo psichiatra di fronte al rischio penale, *a discapito* però delle esigenze di migliore cura del paziente, che richiedono, invece, un fisiologico adattamento alle caratteristiche personali, alle circostanze del caso e a una valutazione clinica quanto più individualizzata (24); la clausola di salvaguardia della necessaria ponderazione delle specificità del caso concreto prevista nel disegno di legge Gelli-Bianco indirizza in tale direzione, ma non appare sufficiente a bilanciare il rafforzamento del peso delle fonti scritte e della testuale limitazione alla sola imperizia.

In termini generali, come ampiamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza (25), va detto che linee guida, raccomandazioni e buone pratiche non possono bastare a rendere lecita una prassi medica e a escludere l'addebito per colpa, nel caso in cui il medico avrebbe potuto (anzi, dovuto) fare di più: calare cioè nel concreto l'asettica indicazione, vagliarne l'attendibilità e la rispondenza alle esigenze della specifica situazione patologica da fronteggiare, unitamente alle ulteriori istanze personalistiche del paziente (26). Il sospetto d'inadeguatezza di tali fonti aumenta nel settore della psichiatria, la cui prerogativa è quella di sfuggire alla governabilità dei rischi connessi alle scelte terapeutiche. Qui, infatti, il richiamo a fonti e regole scritte - nei limiti e nella misura in cui si possa immaginare di predefinirle, tentando in sostanza l'impresa di rendere *prevedibile l'imprevedibile* e di uniformare la variabilità delle manifestazioni cliniche e, soprattutto, delle conseguenze dei disturbi psichici (27) - se da

(24) Conseguenze segnalate, fra gli altri, anche da S. Jourdan, *La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell'evento e possibilità di evitarlo*, cit., 115 ss.

(25) È sufficiente richiamare, nell'ampia rassegna pre e post legge Balduzzi le puntualizzazioni svolte in Cass., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, sent., Cantore in *Cass. pen.*, 2013,

2984 ss.

(26) Ampiamente, sul punto, A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, 2012, 155 ss.

(27) Evidenza con estrema chiarezza i problemi insiti nello sforzo di ancorare a linee guida la prova della colposità della condotta del medico S. Jourdan, *La responsabilità dello psichia-*

un lato, come si è detto, può forse utilmente assolvere alla funzione di *tranquillizzare* sul rischio penale gli operatori chiamati a scelte difficili, dall'altro si scontra con le ricordate specificità della scienza psichiatrica, visto che "la formulazione di linee guida non può che partire dall'adozione di criteri diagnostici necessari, standardizzati e condivisi che spesso però non trovano riscontro nella complessità dei quadri diagnostici che si incontrano nella pratica routinaria" (28). Ancora, non tutti i fattori dell'intervento psichiatrico rispetto al referente - la mente - sono "modellizzabili o traducibili in algoritmi, o conosciuti o conoscibili", così come difficilmente standardizzabili sono anche quei fattori complessi (relazionali, sociali, contestuali), "che interagiscono anche con altri fattori biologici (...) in modalità non sempre prevedibili né riproducibili" (29). Al di là degli effetti, dunque, residua la perplessità se, a monte, sia possibile (oltre che utile), in chiave di tutela del bene salute, una tipizzazione delle scelte terapeutiche più adatte.

Nella medesima prospettiva, sul versante della rimproverabilità per colpa, non va trascurato il fisiologico fattore di *imprevedibilità* delle condotte imprudenti e/o inconsulte di pazienti psichiatrici (30). Come ben messo in luce, "la natura composita e multidisciplinare del substrato ideologico-culturale della psichiatria, l'assenza di precisi criteri nosografici di valutazione, il difetto di canoni fissi e di scelte codificate, finiscono per creare un evidente deficit di determinatezza scientifica" (31), potendosi convenire allora che "la valutazione del rischio è in genere un'operazione dal risultato matematicamente definito solo *a posteriori*, ovvero in fase di esecuzione della c.d. autopsia psicologica" (32). È proprio l'intrinseca difficoltà della prognosi psichiatrica a rendere inevitabilmente ostica l'inter-

pretazione di quei segnali di allarme e di quei fattori potenzialmente premonitori del rischio di suicidio, che lo avrebbero reso prevedibile, giustificando l'adozione di eventuali misure cautelari omesse (33).

Invero, si tratta di un rischio che può dirsi *sempre* prevedibile, *in termini generali e astratti*, se riferito al sofferente psichiatrico. Ma è un rischio caratterizzato al contempo da un significativo tasso di ingovernabilità, al cospetto del quale la scienza psichiatrica non può fare altro che porsi l'obiettivo di una ragionevole minimizzazione, per il tramite di regole cautelari *improprie*, senza poter ambire ad annullarlo del tutto - considerato che la possibilità di un decorso che conduca al suicidio può ritenersi in astratto addirittura connaturata alla malattia mentale - se non per il tramite di orientamenti meramente custodialistici, oggi (almeno sulla carta) banditi. Si può così ritenere che il rischio sia *talmente prevedibile in astratto*, da non poter essere *formalizzato in cautele*, nel senso che non appare possibile predisporre delle regole terapeutiche atte in generale a prevenirlo; a meno di non considerare la previsione di misure di comune prudenza (quali, ad esempio, privare il paziente psichiatrico della disponibilità di oggetti taglienti o altri strumenti atti a offendere), non necessariamente appannaggio del solo specialista e, pertanto, al di fuori del perimetro della *perizia medica*.

Rispetto a tale rischio, quindi, il passaggio della formalizzazione della perizia sul piano della colpa specifica non appare praticabile, non potendosi prescindere da un suo apprezzamento in termini di prevedibilità *in concreto*, enucleabile solo dalla conoscenza dello stato di salute del singolo paziente e del suo vissuto (34). La generalizzazione dei trattamenti psichiatrici in documenti, che per forza di

tra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell'evento e possibilità di evitarlo, cit., 114 ss.

(28) Come ricordano S. Borghetti - A. Erlicher, *Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l'operatore in bilico tra filo d'Arianna e richiamo del pifferaio magico*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011, 152.

(29) Sempre S. Borghetti - A. Erlicher, *Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l'operatore in bilico tra filo d'Arianna e richiamo del pifferaio magico*, cit., 160.

(30) L'estrema difficoltà del compito dell'operatore "chiamato a fare previsioni" è sottolineata, con riferimenti alla casistica giurisprudenziale, A. Amatulli - T. Maranesi - G. Pittini - E. Varrani, *La psichiatria: confrontiamoci con indagini, procedimenti e sentenze*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, cit., 117 ss. (spec. 123 ss.); torna sul punto, da ultimo, A. Manna, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra per atti auto-ed etero-lesivi dei pazienti in Italia*, in *Arch. pen.*, 1/2016, 5.

(31) A. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., 1403.

(32) P. Girolami - S. Jourdan, *Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle "obligations de sécurité" e degli "obblighi di protezione"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 63; sul rilievo dell'autopsia psicologica, nei casi di suicidio, v. C. Barbieri - L. Barbero - V. Paliero, *La cosiddetta autopsia psicologica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 597 ss.

(33) Considerando che, come rilevano G.C. Nivoli - L. Lorentu - L.F. Nivoli - A.M.A. Nivoli, *Osservazioni psichiatrico-forensi in tema di imputazioni e condanne agli psichiatri per il suicidio del paziente*, in *Journal of Psychopathology*, n. 18/2012, 67, "non esistono metodologie obiettive per una sicura previsione del suicidio"; cfr. anche, sui vari fattori che incidono sul gesto suicidario, rendendo così ancor più complessa la sua predizione, L. Pavan, *Suicidio*, in *Trattato italiano di psichiatria*, Milano, 1999, 2395 ss. e, più di recente, Id., *Esiste il suicidio razionale?*, Roma, 2009, *passim*.

(34) Esigenza ribadita, da ultimo, nell'ambito degli obblighi

coso non possono che fondarsi su ciò che accomuna i vari pazienti e non su ciò che li differenzia e li caratterizza singolarmente, inclina verso una standardizzazione e, quindi, una spersonalizzazione del trattamento stesso, col progressivo distacco da quel giudizio individualizzante, libero da condizionamenti e vincoli che, tanto nel momento diagnostico - nel quale ciò che lo psichiatra deve indagare non è solo la *malattia*, ma anche la *persona sofferente* e il suo *contesto*, biologico, economico, sociale, relazionale e di personalità -, quanto in quello prognostico, rappresenta il principale fattore terapeutico.

L'effetto è che, in questo caso, la tipizzazione di regole misurate sul rischio suicidario, anziché contribuire a una sua apprezzabile minimizzazione, finisce per determinarne un possibile accrescimento, allontanando la tipicità colposa dalla valutazione della prevedibilità in concreto, che rappresenta invece, in questo caso, un passaggio obbligato: l'unico mezzo davvero idoneo a incanalare nella giusta direzione la scelta delle cautele più adatte (eventualmente omesse). Tutto ciò non fa che rafforzare i dubbi sull'effettiva compatibilità tra una medicina centrata sul paziente - l'unica *davvero* possibile in psichiatria - e *evidenced based medicine* (35) e dunque sull'adeguatezza, rispetto alle peculiarità della scienza psichiatrica, della scelta che il legislatore si accinge a compiere nel nuovo intervento riformatore alle porte.

### Considerazioni conclusive

Mettendo insieme i segnali lanciati dalla giurisprudenza, gli indici normativi vigenti e quelli *in itinere*, è al piano interpretativo, più che a quello normativo, che occorre ancora fare ricorso per provare a ridimensionare il problema della responsabilità penale dello psichiatra.

Lo snodo è quello di una corretta valorizzazione del legame tra posizione di garanzia, obblighi impe-

ditivi e regole cautelari: le regole di condotta a contenuto precauzionale rilevanti ai fini dell'imputazione colposa, infatti, hanno sempre come presupposto (e limite) i doveri del medico, al quale non si può chiedere in misura di diligenza, prudenza e perizia più di quanto egli non sia tenuto a fare in posizione di garante.

Leggere la responsabilità dello psichiatra in una prospettiva integrata (tra regola cautelare e posizione di garanzia) consente di fissare punti fermi per contenere le legittime preoccupazioni della classe medica, ristabilendo da un lato gli esatti confini degli obblighi dello psichiatra, oltre i quali non può essere addebitato l'omesso impedimento dell'evento, e dall'altro facendo confluire nella stessa posizione di garanzia gli intrecci tra regola cautelare e volontà del paziente, tanto sul versante dei poteri di agire del medico e dei relativi doveri impositivi, quanto su quello della selezione della migliore regola cautelare del caso concreto, da riportare all'obiettivo terapeutico condiviso, con i correlati effetti limitativi della sua rimproverabilità per colpa.

L'idea, va detto, non pare ancora metabolizzata da parte della giurisprudenza maggioritaria, incline - come pure s'è denunciato - ad abbracciare ricostruzioni *fattuali* del potere di agire e a ritenere il suicidio di un paziente psichiatrico sempre prevenibile previa segregazione o contenzione fisica. La recente pronuncia della Cassazione che si è analizzata indirizza in senso opposto e offre segnali incoraggianti in chiave garantista per liberare gli operatori della salute mentale dalle pressioni e dai timori giudiziari, allontanandoli dalle tentazioni di modelli di psichiatria meramente difensiva; l'auspicio è che segni un reale punto di svolta e non un sussulto effimero, occasionato dalle circostanze e dalle sensibilità del momento, nel cammino di piena realizzazione di un'effettiva tutela del paziente psichiatrico.

positivi scaturenti dall'art. 2 della Convenzione E.D.U., dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza IV sez., 22 novembre 2016, Hiller c. Austria, in *Dir. pen. cont.*, 12 gennaio 2017, con osservazioni di C. Mostardini, *La Corte di Strasburgo in materia di responsabilità del medico per il suicidio del paziente psichiatrico*.

(35) Ancora S. Borghetti - A. Erlicher, *Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l'operatore in bilico tra filo d'Arianna e richiamo del pifferaio magico*, cit., 161; nella letteratura medico legale, in particolare, cfr. M. Barni, *Evidence Based Medicine e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 3 ss.